

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE ARBITRAGEM

FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS

Juiz Federal e Professor Assistente da UFAL

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A Questão da inconstitucionalidade. 3. Critério definidor da jurisdição; 3.1 Características 3.2 A arbitragem como forma de parajurisdição. 4. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

Tem provocado certa perplexidade a edição da recente Lei de Arbitragem, já havendo se divulgado o posicionamento a respeito da alegada inconstitucionalidade, por considerar-se violado o princípio do juiz natural, bem como o malferimento de garantias constitucionais como a do devido processo legal e a da proibição dos juízes de exceção¹.

¹ Cf. Antônio de Souza Prudente, in *Inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem*, art. publicado no *Correio Braziliense*, ed. de 4-11-96.

Data vênia do apreço e respeito devido ao autor - nosso brilhante colega na 6ª Vara Federal em Brasília - ousamos discordar desse posicionamento e, por essa razão, apresentamos as seguintes razões de nosso convencimento.

2. A QUESTÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE

Parece-me que a razão maior da alegada inconstitucionalidade é a caracterização da arbitragem, a partir da novel lei e em razão das inovações por ela trazidas, como o exercício da função jurisdicional, que é monopólio do Estado. Apontam-se, basicamente: o dispositivo que considera o árbitro como juiz de fato e de direito; o que lhe confere poder para prolatar uma sentença comparada às sentenças judiciais, que não se sujeita a recurso e não mais um laudo sujeito a homologação (art. 18 da Lei nº 9.307/96) e, sobretudo, o que considerou a sentença prolatada pelo árbitro um verdadeiro título executivo judicial (art. 41 da mesma lei). Em razão disso, se alega que se teria criado um novo tipo de jurisdição, o que certamente contraria esse monopólio.

Creio que se a arbitragem fosse, de fato, considerada como verdadeira jurisdição, com todas as consequências que daí adviriam, estar-se-ia diante de uma flagrante inconstitucionalidade, com o que faríamos coro às judiciosas observações feitas no referido artigo, não existindo lugar para estas despretenciosas considerações.

Penso, no entanto, que diversamente do que se possa imaginar e apesar dessas modificações introduzidas, o legislador não criou uma verdadeira jurisdição arbitral, senão uma forma que poderia considerar, com o perdão dos que pensam em contrário, uma parajurisdição.

Destaco que, em recente Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Processual Civil que se realiza pela UNB (Universidade de Brasília) em convênio com o CJF (Conselho da Justiça Federal), em Brasília, de que participamos como Juiz Federal se fez menção ao estranho retorno que se estaria a proceder no Brasil em respeito à jurisdição.

Tornaríamos a fazer o mesmo percurso, no sentido inverso embora, do que fora realizado nos tempos da antiga Roma em respeito ao surgimento da jurisdição, pois ali, as partes inicialmente recorriam ao Pretor, o qual examinava a pretensão e, após a *listiscontestatio*, que valia por um prévio acordo, as encaminhava a um árbitro - um particular, que juiz não era, para, como um terceiro imparcial, decidir a contenda.

Observe-se, porém, que nesse momento não se havia falar em jurisdição. Esta somente veio a surgir posteriormente, no período da denominada *cognitio extra ordinem* ou da cognição extraordinária, quando o Pretor assumiu o papel do árbitro, passando a decidir ele próprio os conflitos e, acrescento, se revestindo da autoridade do Estado Romano, pois, somente a partir dali se poderia executar a decisão, de modo autoritativo. Como se sabe, a jurisdição em Roma se caracterizava por apresentar os seguintes aspectos: *notio, vocatio, coertio, iudicium e executio*.

Por isso creio que, para examinar-se a verdadeira natureza da arbitragem introduzida pela recente lei, é indispensável fazer-se um pequeno resumo do critério definidor da jurisdição.

3. CRITÉRIO DEFINIDOR DA JURISDIÇÃO

Como é por demais conhecido de todos os operadores do direito, as teorias mais aceitas para explicar a verdadeira natureza da jurisdição é a de Carnellutti, que elegeu a lide como pedra de toque do sistema jurídico que concebera e que a definira como o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um e pela resistência de outrem, não havendo o exercício da função jurisdicional quando não houvesse lide a resolver-se.

A outra teoria, que goza de igual prestígio e respeito, é a de Chiovenda, que se fixou no entendimento de que a atividade jurisdicional se apresentava como uma atividade substitutiva e secundária, pois o juiz se colocava no lugar das partes para, aplicando a lei - mais precisamente o comando nela existente - resolver o conflito.

Destacava-se que isso constituía uma atividade secundária porque o Juiz não tutelava um interesse próprio, como acontecia na função administrativa em que se busca também a aplicação do comando legislativo, mas se tutela um interesse primário: o da própria administração.

Como também é consabido, nenhuma dessas teorias foram acolhidas unanimemente pelos juristas. Em respeito à teoria de Carnellutti, ganha corpo o entendimento de que a lide, sobretudo como havia sido originariamente concebida pelo formulador da teoria não servia para, por si só, identificar a atividade jurisdicional.

O próprio autor reconheceria a procedência das críticas, tanto que reformulou o entendimento inicial para considerar a lide como uma pretensão insatisfeita, a fim de incorporar a execução judicial a essa atividade e, além disso, escreveu famoso artigo onde apresentava suas dúvidas a respeito da existência de uma jurisdição no processo penal.²

Já a atividade substitutiva não serviria para explicar a natureza jurisdicional dos processos mais relevantes, que têm por objeto conflitos sobre valores indisponíveis nem a natureza jurisdicional das decisões que resolvem questões processuais, como as relativas à competência e à suspeição.³

Enfim, como ressalta Ovídio Baptista da Silva, a característica fundamental da jurisdição é a de ser uma atividade exercida por um terceiro imparcial, em postura que já se denominou *telzietá*, vocábulo italiano que se procura aporuguesar com *terceiridade* e, como o termo remete à locução *terceira idade*, bastante empregada ultimamente, se busca criar o neologismo estraneidade.⁴

² Como destacou Ovídio A. Baptista da Silva, o vício maior da doutrina consiste em se procurar definir o ato jurisdicional não pelo que ele é, mas para o que serve, não o seu ser, mas a sua função ou a sua finalidade. Cf. *Curso de Processo Civil*, vol. I, Sérgio A. Fabris Ed., 2ª ed., p. 24.

³ A crítica é de Galeno Lacerda, in *Comentário ao CPC*, RT, vol. IX, Tomo I, 1984, p. 32/33.

⁴ Cf. *Curso de Processo Civil*, vol. I, Sérgio A. Fabris Ed., 2ª ed., p. 28/29.

Deixamos de lado o critério da definitividade que explica a coisa julgada como definidor da essência dessa atividade qual defendido por Allorio, por estar convencido que se trata de decisão política do legislador em contemplar o valor segurança. Penso que admitir que a jurisdição se revele por ser capaz de produzir decisão que se torne imutável em dado momento não serve para identificar a natureza dessa atividade, pois não se pode conceber que as decisões proferidas nas relações jurídicas continuativas que, na forma do art. 471, I do CPC, podem ser decididas novamente, não tenham, só por isso, natureza jurisdicional.

Admitido tal critério, força seria não se considerar constitucional as decisões proferidas nos chamados processos coletivos, que está disciplinado num outro sistema de normas, onde existe a denominada coisa julgada *secundum eventus litis*, em que essa definitividade tem tratamento inteiramente diverso, como se vê das leis que disciplinam esse outro sistema: art. 16 da Lei nº 7.347/85 e art. 103, I, do C. do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

CARACTERÍSTICAS

Estou seguro de que além de tratar-se de uma atividade exercida por um *terceiro imparcial (telzietá)*, é indispensável, para a definitiva caracterização da jurisdição, que ela se destine à *retirada autoritativa dos obstáculos à realização do direito*, como passou a acontecer no momento em que a jurisdição surgiu na antiga Roma.

Como demonstrou Calmon de Passos, os obstáculos à realização do direito são de duas ordens: os decorrentes da vontade do homem - porque houve a resistência deste ao comando legal - ou os que surgem por fato da lei - porque a norma legal considerou tão importante o interesse por ela tutelado que o tornou indisponível - exigindo que a realização somente possa ocorrer após ser este submetido a um controle prévio exercido pelo Judiciário.

A ARBITRAGEM COMO FORMA DE PARAJURISDIÇÃO

Admitindo que este é o critério definidor da jurisdição, conceituada por este último autor como *a aplicação autoritativa do direito*, em oposição ao que acontece quando o sujeito passivo, em dada relação processual, espontânea e voluntariamente satisfaz o interesse de outrem, a cuja prestação estava obrigado, quando se opera o que a doutrina denomina adimplemento, temos que a atividade desenvolvida pelo árbitro na lei supramencionada não é jurisdicional.

Não o é porque, como se evidencia no art. 29 da Lei nº 9.307/96, a arbitragem se encerra com a prolação da sentença arbitral. A atividade do árbitro se extingue com a prolação de uma sentença arbitral que vale como título judicial, como já visto. Em suma: o árbitro não aplica autoritativamente o direito. Este não realiza o direito. Não tem poderes para executar aquilo que havia decidido, ainda que em comum acordo com os que o procuraram.

Apresenta-se, pois, como uma forma da parajurisdição, como um procedimento destinado à retirada de obstáculos à realização do direito por particulares, com a produção eventual de um título executivo judicial, por força de lei.

4. CONCLUSÕES

Por todo o exposto, concluo que a decisão do árbitro, qual prevista na referida lei, não tem natureza jurisdicional.

Embora se considere tal decisão como o de verdadeira sentença judicial ela somente será executada, no sentido de determinar-se, autoritativamente, a satisfação dos interesses anteriormente apreciados, através da verdadeira e genuína jurisdição e, nesse caso, certamente se reconhecerá, a quem discordar da sentença, direito de opor os embargos, na forma da lei, inaugurando o devido processo legal.

Tanto é assim que o § 7º do art. 7º da mesma Lei considera que a sentença arbitral que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral, não sendo, apesar da denominação, uma

verdadeira sentença judicial. Por tudo o que se disse, é evidente que tais dispositivos não são inconstitucionais. Eles disciplinam um procedimento que se equipara em tudo ao arbitramento e cuja conclusão tem a mesma eficácia de um título executivo e, como se sabe, pode-se criar um mediante simples acordo das partes.

Não passa, pois, de mais um procedimento de conciliação, já previsto por Cappelletti quando referiu que se utilizaria a colaboração dos *parajurídicos* como esforço para melhorar o acesso à justiça.⁵

Recorde-se que essa tendência, ora acolhida entre nós, mereceu a certa crítica de Denti de que se estaria privatizando os conflitos, aceitando-se o ingresso, para a atividade mediadora, de grupos econômicos e sociais que estariam proliferando nas sociedades de capitalismo avançado.⁶

Entendo, por fim, que a adoção dessa prática não contraria a alma de nosso povo pois esta, como revelou o Preâmbulo da atual Constituição, está comprometida com a solução pacífica das controvérsias.

⁵ Cf. Mauro Cappelletti e Bryant Garth, in *Acesso à justiça*, trad. de Ellen Gracie Northfleet, Sérgio A. Fabris Ed., 1988, p. 145.

⁶ Como o mencionou o próprio Cappelletti, in *1 - Problemas de Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas*, publicado em *O processo Civil Contemporâneo*, texto distribuído no Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Processual Civil, em andamento e realizado pela UNB em convênio com o CJP.